

文章编号: 1671-6914(2008)01-0153-(11)

# 风险社会与国际争端解决机制的解构与重构

蔡从燕

(厦门大学法学院, 福建 厦门 200042)

**摘要** 现行国际争端解决机制有效地提高了国际法的作用,促进了国际社会法治化。然而,风险社会的到来使得国际法的社会基础发生重大变迁,处在新语境中的国际争端解决机制因此面临着一系列严峻挑战。为了实质性地提高作为抽象系统的国际争端解决机制的有效性,维持并增强利益相关者的信任,巩固并强化其存在的正当性基础,有必要从功能、组织及程序三个层面对其予以重构。

**关键词** 风险社会;国际法;争端解决;解构;重构

**Abstract:** The current international disputes settlement mechanism (DSM) effectively enhances the effect of international law and international rule of law. However, with the coming of risk society, the social foundation of international law dramatically changes. In this new context, DSM has to face with various serious challenges. In order to substantially improve the effectiveness of DSM as a abstract system, maintain and even strengthen the confidence of stakeholders, and solidify and strengthen the legitimacy, it is necessary to reconstruct from three layers of function, organization and procedure.

**Key Words:** risk society; international law; disputes settlement; deconstruction; reconstruction

中图分类号: DF94 文献标识码: A

## 导言

众所周知,法律制度的终极目标是实现人类生活的自由与安全,这决定了风险与安全间有着内在的联系。工业社会向风险社会的转变表明风险的规模与性质、产生原因与方式、影响范围与影响力发生了重大变化,导致法律的社会基础发生了根本性变化。风险社会已经是国际法与国内法共同面临的重大问题,但由于国际社会较之国内社会所具有的特殊性,国际法在风险社会语境中面临更严峻的挑战。

晚近,随着国际社会法治化的观念日益被接受,作为国际法重要组成部分的法律性国际争端解决机制(International Disputes Settlement Mechanism, DSM)迅猛发展;同时,DSM普遍遭到了严厉批评。为了应对这些批评,改革设想层出不穷。本文从法社会学的角度,试图为DSM面临的挑战及应对策略提供具有一定普遍价值的理论分析。

## 一、国际争端解决机制的历史与现状

很大程度上说,DSM的发展过程就是国际法逐步被普遍承认是法,进而在和平解决国际争端,促进国际社会繁荣与安定,促进国际法治方面发挥重要作用的过程。众所周知,“国际法是不是真正的法律”是一个从国际法学创立以来始终讨论的问题。主要原因之一是,法律往往被等同于国内法,而拥有强有力的争端解决机制是国内法的基本特征之一。由于长期以来缺乏此类机制,国际法被奥斯汀认为只是“实定的国际道德”,“不是正确意义上的法”,其实施只能是依靠“道德制裁”。<sup>[1]43</sup>虽然国际法学者认为把基于国内社会的实践获致的法律定义推及适用于国际层面缺乏充分正当性,并侧重从法律实施效果的角度证成了国际法是真正意义上的法,但缺乏足够的具有约束力的国际法实施机制确实是国际法的重要特

国际争端解决方法分为政治解决方法与法律解决方法;相应地,国际争端解决机制分为政治性争端解决机制与法律性争端解决机制。虽然不能否认政治性争端解决机制是解决国际争端的有效场所,但从证成国际法是真正意义上的法、促进国际法治的角度看,显然更应该关注法律性国际争端机制,本文正是从这个意义上理解并使用国际争端解决机制之表述的。

收稿日期: 2007-08-27

作者简介: 蔡从燕(1972—),福建永泰人,厦门大学法学院副教授,法学博士。

征,也是重大缺陷。而之所以如此,是因为根据普遍国际法,国家不负有解决争端的法律义务,利用正式的法律程序解决争端取决于当事方的同意。<sup>[2]</sup>

在缺乏法律性争端解决机制的情况下,国际法的实施或依靠于争端当事方的自力救济,或凭借其他国家提供的政治性方法,如国际会议。以实力为导向是这些国际法实施方法的共同特征。远至欧洲三十年战争,近至两次世界大战的爆发都表明,在本质上仍处于无政府状态的国际社会中,奉行以实力为导向的争端解决理念往往导致人类自相残杀,频频陷于灾难境地。

鉴此,19世纪末期以来,国际社会开始寻求建立制度化的DSM,多边和区域争端解决机制不断涌现,20世纪90年代以来尤其如此。其中,重要的多边性DSM如常设仲裁法院(PCA)、常设国际法院(PCJ)、国际法院(ICJ)、解决投资争端国际中心(ICSID)、国际海洋法庭(ILOS)、WTO争端解决机构(DSB)、国际刑事法院(ICC),重要的区域性DSM如欧洲法院(ECJ)、《北美自由贸易协定》(NAFTA)争端解决机制。一些西方学者把这种现象称为DSM的“扩散化”(proliferation)现象。一些学者认为,DSM的扩散化会产生某些消极后果,尤其不同DSM之间缺乏协调性会导致国际法的“破碎化”(fragmentation),<sup>[3]</sup>但多数学者对此持欢迎态度,认为可以促进国际法发展,表明国际社会趋于成熟。<sup>[4]</sup>国际司法界权威人士也对此总体持肯定态度,如ICJ前院长Schwebel指出,国际法庭的增加证明了这样一种理解,即对于DSM的裁定及实施裁定的行为赋予法律义务可以增强国际法的有效性,因而DSM的增加值得欢迎。<sup>[5]</sup>

## 二、风险社会:晚近国际争端解决机制运作的新语境

在技术-经济的层面上,对风险的讨论在20世纪50年代即已展开。80年代以来,“风险”逐步进入社会学视野。虽然乌尔里希·贝克不是最早研究风险问题的学者,但他倡导的风险社会理论影响最著,成为西方学术界研究风险问题的认知基础及解释当代西方社会变迁的最重要理论之一。在《风险社会》(1986)中,贝克首次提出“风险社会”概念,认为70年代以后西方世界已经从以财富分配为核心命题的工业社会阶段进入以风险分配为核心命题的风险社会阶段。风险的范畴代表了韦伯“根本没有想到的一种社会思想和行动”。<sup>[6]</sup>在《世界风险社会》(1992)中,贝克明确提出“世界风险社会”概念,把主

要基于对西方世界,尤其德国的社会变迁获致的风险社会理论推广运用于对国际社会变迁的考察。

虽然此前的社会形态中同样存在着风险,但风险社会理论学者认为,风险社会中的风险具有特殊性:

第一,全球性。以往,风险主要是指个人风险,并且这种风险蕴含着勇敢和冒险的意思;目前,风险构成了全球性威胁,并催生了“世界风险社会”。<sup>[7]</sup>由于全球化背景下的风险可以轻而易举地跨越国界的限制,因此,虽然风险社会命题的产生背景是西方发达的工业社会,但这并不意味着“世界风险社会”的形成要以其他地区也要达到类似于西方工业社会的工业化程度为前提,这提醒许多尚在追求工业化的发展中国家应该重视风险社会问题。

第二,不可计算性。以往,风险大多可以利用科学理性计算并解决——这是近现代保险等经济制度产生的基础,但科学理性在风险社会中日益显示出力有不逮。这是因为风险社会中风险不确定性的程度远非以往的风险可比,它既表现为认定风险结果的困难,也表现为认定因果关系或责任主体的困难。随着科学理性在界定风险方面的垄断地位被打破,“科学和法律制度建立的风险计算方法崩溃了”。<sup>[8]</sup>

第三,可建构性。不可计算性导致对风险的判断很大程度上无法取决于直接感知,因此在风险问题上“意识决定存在”,<sup>[8]</sup>即风险是可以被建构的。由于科学理性素来把“意识”排除在外,因而对专家系统的信任是有风险的。总之,在风险社会中,“任何人都不是专家,也可以任何人都是专家”,<sup>[6]</sup>使得专家与普通公众在风险认知方面存在着明显分歧。

第四,反身性。这一特点有两层含义:(1)风险是科学理性的产物,即“人为制造的风险”。吉登斯分析了造就“人为制造的风险”的三大相互作用的动力机制,即时空分离、脱域机制与知识反思性,其中脱域是指社会关系从彼此互动的地域性关联中,从通过对不确定的时间的无限穿越而被建构的关系中“脱离出来”。脱域机制有象征标志和专家系统两种类型,前者指相互交流的媒介;后者指由技术成就和专业队伍组成的体系。<sup>[9]</sup>(2)风险是科学理性的“副产品”。贝克认为,风险是一种处理现代化“自身引致的危险和不安全感的方式”。<sup>[8]</sup>可见,吉登斯更关注风险具有的作为科学理性的一般意义的产物的特性,而贝克更强调风险作为科学理性的特殊意义的产物的特性,即这些风险的产生出乎理性努力的意料。

1998年,纽约大学法学院专门举行研讨会,相关论文集刊发于《纽约大学国际法与环境法学刊》第31卷(1999年)。

第六,制度化性。较之前现代的风险,现代社会中的风险是被制度化地生产出来的,因此“风险不仅作为脱域机制的不良运作导致的损害而存在,也作为封闭的、制度化的行动场所而存在”。<sup>[9]112</sup>风险的制度化性意味着风险不是偶然地产生,而是规律性地产生。

第七,传染性。传染性系指风险在跨领域、跨部门间相互传播。之所以如此,是因为当今社会的一体化程度不断提高,据此社会行为诸构成要素间的相互关联性日益增强,其中包括风险的相互传染。贝克正确地指出,“世界风险社会不仅包含有经济风险,而且这些风险还会转化为社会风险、政治风险”。<sup>[10]167</sup>

从民族国家角度看,风险社会中风险的上述特点使得民族国家日益暴露出在保护其公民免受风险侵害方面的孱弱,而为公民提供保护与增进福利是国家维系其统治的正当性基础,因此贝克认为风险社会的到来使得民族国家的公共机构丧失“正当性”了。<sup>[10]131</sup>

为了应对风险社会,风险社会理论学者提出了如下对策或所谓的风险社会中的知识政策:

首先,重新界定科学理性与社会理性的关系。由于科学理性在面对风险时已经暴露出严重的缺陷,因此风险社会理论学者普遍批判了科学在界定及解决风险方面的传统垄断地位,但他们都没有彻底否定科学理性,而是既寻求完善科学理性,也寻求新的理性,如社会理性,以提高界定及解决风险的有效性。贝克认为:没有社会理性的科学理性是空洞的,但没有科学理性的社会理性是盲目的。<sup>[8]30</sup>

其次,改变治理模式。贝克认为,风险社会要求国家、私有公司和各门科学开放其决策过程,并且要从两个方向对风险冲突隐含的权力结构进行制度性改革:(1)从上而下地,即各国通过缔结相关国际条约,创新相关机制以应对风险全球化的威胁;(2)从下而上地,即通过建立公共领域实施亚政治。所谓亚政治,是指外在于并超越国家-政府体制的代表性制度的政治,它是一种“直接政治,即个人对政治决策的参与”。<sup>[8]47,49</sup>虽然吉登斯并不反对贝克主张的亚政治,但他提醒应该注意亚政治中多元利益的相互冲突性。<sup>[11]647</sup>

再次,增强信任。信任是20世纪80年代以来社会学中新兴的学术范畴与研究议题。研究信任问题的先行者卢曼把信任视为一种“复杂性简化机制”,什托姆普卡认为信任是应对不确定性和不能控制的未来而采取的策略。<sup>[12]31-33</sup>由于风险社会中社会关系很大程度上依赖于抽象系统而非个人,因此信任的重

要性不言自明,吉登斯甚至认为“所有的脱域机制都依赖于信任”。<sup>[9]23</sup>虽然风险社会理论学者并未联系风险社会的特定语境论证信任的基础,但从吉登斯的相关论述中可以推断出,信任的重要基础是因为抽象系统仍然被为是有效的。<sup>[11]647</sup>这表明有效性是抽象系统获得信任的必要条件及其存在的正当性基础。

由于风险社会既是国别意义上的,也是全球意义上的,风险社会当然也构成国际法运作,包括DSM运作的新语境,成为争端当事方或利害关系方认知与承受风险的重要场所。但应注意,较之国别意义上的风险社会,全球意义上的风险社会具有三个特点:第一,国别意义上的风险社会普遍具有明显的自反性特征,而全球意义上的风险社会对于许多国家,尤其发展中国家仅具有较弱的自反性特征,这是因为许多发展中国家参与全球化往往是迫于发达国家的压力,因而卷入全球风险社会不尽然是其主动、理性选择的结果;第二,较之国内社会普遍处在政府状态中,迄今国际社会仍然处于无政府状态导致阶级地位与风险地位的重叠更为突出,进而发展中国家被不正当地要求承担过多的风险;第三,较之国内社会在人为地制造风险的同时尚能颇为有效地构建应对风险的制度,国际法的传统特征或说缺陷——如国际法造法过程缺乏民主与效率——迄今没有明显改变,这使得国际社会在风险不断积聚的情况下尚未能有效构建应对风险的制度。上述三大特点使得国际法较之国内法在风险社会语境中面临尤其严峻的挑战。

进一步看,较之国际法中的其他部分或参与人,风险社会对DSM的挑战更加直接与深刻,这突出地表现在近年来主要DSM普遍被认为存在着“正当性危机”。之所以如此,原因有二:主权国家及私人对国际法系统的信任不仅取决于对国际法系统本身的信任,更取决于对国际法系统运作的信任,DSM恰恰就是负责国际法系统运作的主要专家系统;由于“建设性模糊”等原因,国际法规则的形式理性远逊于国内法规则,从而导致国际法实施者承受了本该由国际法立法者承受的风险。当然,这也使得DSM成为考察风险社会对国际法之影响的极佳的切入点。

在笔者看来,在风险社会语境中,DSM面临的挑战归结为两个问题:DSM能否同时在法律意义上和社会学意义上解决国际争端;DSM如何提高其解决争端的能力。为此,首先必须识别DSM面临的具体挑战(解构);其次必须制定有效的应对策略与措施

近年来国际法实践中出现的“与……有关的议题”(issues relating to...)现象就是这种一体化在国际层面的生动体现。

(建构)。

### 三、国际争端解决机制面临的挑战:解构

从风险社会中风险的特性及 DSM 运作的角度出发,笔者认为可以从以下方面对 DSM 进行解构。

(一)国际争端解决过程:法律决策抑或政治/社会决策?

路易斯·亨金的论断,即“在各国的关系中,文明的进展可以认为是从武力到外交,从外交到法律的运动”<sup>[13]</sup>表明,国际社会努力追求把以权力为逻辑起点的国际关系实践纳入以规则为逻辑起点的法制轨道,实现国际社会的法治化。具体就 DSM 而言,长期以来,DSM 更是追求把争端解决定性为纯粹针对特定案件的法律决策,这种努力主要体现在两个方面:首先,DSM 遵循司法克制主义,基本上不考虑与特定争端没有直接关联的问题,其重要表现是 20 世纪 90 年代以前的 DSM 实践并未出现所谓的“与……有关的议题”(issues related to...)现象;其次,规定 DSM 的裁判结果没有先例效力,这使得 DSM 不能如英美法系国家的法院那样既裁判特定的案件,并且藉由判决的先例效力对不特定人的利益进行分配。

然而,风险社会的到来以及 DSM 职权的扩张使得争端解决过程的传统定性受到了挑战,原因是:第一,由于风险社会中的风险具有传染性,对特定国际争端的裁判就不仅会影响到争端当事方在所涉特定争端中的利益分配,也会影响到争端当事方在其他事项方面,乃至非争端当事方的利益分配。查诺维兹教授对“澳大利亚鲑鱼案”的评论说明了这一点,查氏认为:“设若澳大利亚遵守 WTO 的裁决,允许从加拿大进口鲑鱼,此后因外国鲑鱼携带的疾病而遭受重大损失,那么谁来承担因 DSB 在该外来病原体问题上误判造成的损失呢?显然,既不会是专家组,不会是加拿大出口商,也不会是 WTO,而只能是澳大利亚。”<sup>[14]</sup>换言之,澳大利亚担心 DSB 的裁判结果不仅影响其在 WTO 协定项下的贸易利益,而且会损害其人民的公共健康利益,从而该裁判结果既造成法律风险,也造成社会风险。第二,在全球化,尤其经济全球化时代,国际争端解决较之以往更加频繁、深刻地侵蚀主权国家的核心权力,尤其立法权,这促使主权国家不仅从法律层面,也必然要从政治层面思考主权问题,据此 DSM 的决策既构成法律决策,也构成政治/社会决策。第三,较之国内争端大都只涉及少数、特定当事人,国际争端,尤其国际经济争端往往牵涉众多私人的切身利益(如公共健康),这促使在传统国

际法实践中从不“显山露水”的私人逐步介入 DSM,而取得他们的信任是 DSM 维护正当性所不可或缺的。应该强调指出,虽然私人往往并非争端解决当事方,但这不排除他们作为争端解决的利害关系方,这种特殊的地位决定了私人不会倾向于从是否准确断案的法律角度,而是从自身利益是否受损的事实角度评判 DSM 的运作。在此情形下,DSM 的决策对于私人来说与其说是法律政策,不如说是政治/社会决策。第四,一改长期以来奉行的司法克制主义,近年来许多 DSM 运作的共同特征之一是司法能动主义的兴起。司法能动主义改变了争端解决过程的性质,即 DSM 不仅通过法律决策解决特定争端,并且往往据此进行政治/社会决策。在这方面,DSB 的实践最为典型,DSB 频频把非贸易价值引入争端解决过程,这种做法引发了激烈争议。

由上可知,在争端过程的性质变迁方面,风险社会与 DSM 相互影响,“叠加地”发挥作用,这对于 DSM 改革无疑具有重要的政策意蕴,它要求 DSM 反思既有的实践思维与模式,重新思考自身理性的有效性,寻求建立更有效的风险认知与解决机制。

(二)国际争端裁判人员:专家抑或外行?

司法意义上的争端解决是一项高度专业化的工作。为了适应专业化需要,各国普遍以法律知识或经验为核心标准建立了严格的法官遴选制度。在法官的个体生活世界与争端当事方的生活世界之间较具同质性的年代,法官大体可以利用这种同质性弥补其在法律之外的知识或经验不足。随着社会生活的复杂化与多样化,受到知识逻辑与经验限制的法官面对变动不居的市场事件和秩序开始无所适从,<sup>[15]</sup>暴露出其作为外行人的一面。对此,各国普遍发展或完善了多元化的配套制度,如专家证人制度、专家辅佐人制度、鉴定人制度、法庭之友制度等;以及通过争端解决机制的专门化、多元化舒缓这一困难,如各国普遍设立专门性法院或在法院内部设立专门性法庭,以及专业性仲裁机构日益涌现。在风险社会语境中,这些专家制度必将发挥更加重要的作用,尽管它们也在承受着风险社会带来的挑战。

由于国际争端多发生在主权国家间,DSM 对裁判人员的法律专业素质要求尤其严格。典型者为 PCII 规约,该《规约》第 2 条规定:“法院以独立法官若干人组织之。此项法官应不论国籍,就品格高尚并在各本国具有最高司法职位之任命资格或公认为国

比如,ICJ 规约第 59 条规定:“法院裁判除对当事国及本案外,无拘束力”。

际法学家中选举之。这一规定被移植于 ICJ 规约第 2 条,并被许多 DSM 的组织章程所借鉴或移植,如 ICC 规约、ICTY 规约、ICTR 规约及 ILOS 规约。

20 世纪中期以来,一些 DSM,尤其经济类 DSM 逐步注意到国际争端的复杂性与多样性,据此在裁判人员的任职资格方面呈现出某种具灵活性。在这方面, ICSD 公约与 DSU 是两个典型的例子。根据 ICSD 公约第 14 条,公约缔约方指派的仲裁员或调解员“在法律、商务、工业或金融方面应该具有公认资格”;世界银行行政理事会主席指定的仲裁员或调解员应该能够代表“主要的经济活动形式”。根据 DSU 第 8 条,专家组组成人员为“在专家组任职或曾向专家组陈述案件的人员、曾在成员方代表或 GATT1947 年缔约方代表或任何适用协定或其先前协定的理事会或委员会的代表的人员、秘书处人员、曾讲授或出版国际贸易法或政策著作的人员,以及曾任成员方高级贸易政策官员的人员”。根据 DSU 第 17 条,上诉机构由“具有公认权威并在法律、国际贸易和各适用协定所涉主题方面具有公认专业知识的人员组成”。

随着全球一体化进程的加速,各国纷繁复杂的政治、经济、社会活动日益相互交融、碰撞,国际争端更加多样化与复杂化,从而增加了国际争端解决的难度,风险社会理论所说的风险的“不可计算性”隐然出现。在此情况下,上述灵活性地规定裁判人员任职资格的有效性值得怀疑(但其重要性值得强调)。更何况,这些灵活性规定似乎并未获得切实实施。比如,迄今为止 DSB 专家组成员大都由经济学界、法学界人士或具有经济学或法学教育背景的人士担任,上诉机构成员大都为著名国际法学者,这些人士显然缺乏充分的科技方面的专业背景。总之,DSM 中裁判人员的外行人问题已经逐步暴露出来。

一些 DSM 明示或默示地承认了这一问题的存在,典型者如新近审结“西门子公司诉阿根廷案”的 ICSD 仲裁庭。该案中,异议仲裁员发表声明指出,本案的损害计算涉及非常复杂的金融学问题,仲裁庭本应指定中立专家协助仲裁庭工作,他对于仲裁庭拒绝即阿根廷提出的此项请求表示不满。<sup>[16]</sup>该异议仲裁员的意见一定程度上表明, ICSD 公约希望通过拓宽仲裁员的专业来源以适应复杂的国际投资争端案件的良苦用心落空了。但是,也有一些 DSM 的态度暧昧或含糊其辞,似乎认为不需要或没有义务对法律以外的专业问题,尤其科学证据的真实性或有效性做出判断。以 ICJ 为例,在“加布奇科沃 - 大毛罗斯项目案”中,案件结果很大程度上取决于法官对争端当

事方提交的有关环境恶化的科学证据的评估。虽然 ICJ 法官历史上首次造访了有关案件现场,但对于原被告双方就该项目可能引发的生态后果而提供的针锋相对的科学证据,法官们虽然表明已经给予这些证据“最认真的关注”,但未作任何实体性阐述,因为他们认为“没有必要确定这些观点中的哪些部分在科学上更站得住脚”,显然,这种陈说缺乏说服力。事实上,多数 ICJ 法官不可能具有足够的科技背景来对提交给他们的科技证据进行评估。<sup>[17]</sup>现任 ICJ 院长 Higgins 也间接承认 ICJ 法官存在知识缺陷,正因此她赞成设立专业性 DSM。<sup>[18]</sup>在这方面,迄今受理案件数量最多的 DSB 更是如此,专家组与上诉机构在其审理的一系列案件,尤其 SPS 案件中一再认为他们没有义务确定科学证据的真实性。典型案例是“欧共体荷尔蒙案”,该案专家组认为“根据科学证据自行开展风险评估不是专家组的职责所在”,<sup>[19]</sup>专家组的职责仅在于审查成员方的 SPS 措施是否基于风险评估做出的,即只作程序性审查。该案上诉机构进一步批评了专家组把风险评估与风险管理——后者系指成员方基于风险认知而进行的决策——进行区分的做法,认为 SPS 协定第 5 条只提及风险评估而未提及风险管理,因此专家组的做法缺乏“文本基础”。<sup>[20]</sup>由于现行专家组及上诉机构的人员结构表明,他们在风险评估方面实际上无能为力,因而法律文本的规定某种意义上说为他们提供了极好的借口。

诚然,DSM 中存在着使用非法律专家的制度,但它们普遍未明确规定非法律专家的选择程序与标准、专家责任、专家意见,尤其相互冲突的专家意见——风险社会中专家系统的重要特征之一——的可采性与证明力等重要问题,因而是相当不完善的。这种状况导致 DSM 中非法律专家的使用很大程度上取决于裁判人员的自由裁量,而法律共同体固有的追求职业权威与职业优势的思维定势使得自由裁量的结果往往是,消极对待非法律专家介入争端解决过程。

DSM 的实践似乎证明了这一点。以 GATT/WTO 争端解决为例,GATT 时期,专家组从未正式征求过技术专家的意见;1995 - 2001 年间,也只有 6 个专家组指定了科学专家,2 个专家组向有关国际组织请求提

参见该 ICC 规约第 36 条; ICTY 规约第 13 条; ICTR 规约第 12 条; ILOS 规约第 2 条。

ICSD 公约起草人布罗切斯认为,主要“经济活动形式”包括诸如银行业、工业、农业及其他。参见 Christoph H. Schreuer, *The ICSD Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, 2001, p. 59.

Case Concerning the Gabčíkovo - Nagymaros Project (Hung. V. Slov.), Judgment of 25 September 1997, para. 54.

供专家意见。此外,根据DSU附录四的规定,较之指定个别专家,设立专家审议小组,更能确保专家组在涉及科学证据方面获得有效帮助,但迄今专家组从未设立此类专家审议小组。据分析,原因之一是专家组担心专家审议小组会形成“法庭内的法庭”(tribunal within tribunal)现象,而专家组向个别专家咨询不会出现这个问题。<sup>[21][328]</sup>换言之,专家组担心其对争端解决过程的主导权被转移或削弱。PCJ与ICJ的情况与此类似,PCJ与ICJ从未根据PCJ规约第25条及ICJ规约第30条指定过襄审官,ICJ对于争端当事方根据ICJ规约第50条提出的指定专家从事调查或鉴定工作的请求往往予以拒绝。<sup>[22]1115, 1129</sup>美-伊求偿法庭总体上也不太认同专家的作用,很少主动指定专家协助断案。<sup>[23]</sup>

如何纠正DSM裁判人员在非法律领域方面存在的知识缺陷,有学者主张ICJ必须对法官进行更多的科技教育,以使其能够运用科学来解决法律问题。<sup>[24]</sup>笔者认为,这一主张不仅违反了裁判人员职业化的规律,从个体掌握知识的能力角度看也是不现实的。

如前所述,DSM存在的最低正当性基础是作为有效的风险处理者,显然争端解决人员存在的外行人问题威胁到DSM存在的正当性。

### (三)国际争端解决过程:封闭抑或开放?

人类的法治化经验表明,程序秘密或封闭是在法治化水平时期各国司法制度的普遍特征,司法民主化与程序公开性,进而程序参与之间有着密切的正相关关系。法谚有云:“正义不但要伸张,而且必须眼见着被伸张”。边沁认为,程序透明是现代司法制度的基石,他认为“如果程序不公开,则其他所有的监督措施都不敷使用”。<sup>[25]</sup>富勒认为,利益或权利可能受裁判结果直接影响的人应当有充分的机会参与裁判过程,并对裁决结果发挥有效的影响和作用。<sup>[26]61</sup>较之各国普遍把程序公开性及程序参与确立为司法基本原则之一,因而程序公开与程序参与几乎不成为“问题”,封闭性则是DSM的普遍特征。以ICJ为例,虽然ICJ规约第62条规定非争端当事方国可以作为许可第三方参与诉讼,但ICJ在此问题上极为保守,直到1990年“萨尔瓦多与洪都拉斯陆地、岛屿及海洋边界争端案”才首次允许许可第三方参与诉讼。较之非争端当事方国家,DSM对于私人更是封闭的。比如,GATT/WTO普遍被认为是世界上最神秘的组织之一。近年来,DSM的封闭性受到严厉批评,<sup>[27]</sup>许多学者认为封闭性严重损害了国际组织的正当性。<sup>[28]</sup>

从法治化的一般角度看,DSM的封闭性是由国际社会法治化水平低下决定的。从国际法的角度看,是因为国际法主要解决一对对国家间的权利义务关系,并且主要关注“高级政治”问题,因而DSM对于非争端当事方国家,尤其私人“紧闭大门”并非没有道理。

风险社会的到来使DSM的封闭性问题超越了法治化范畴而进入到了社会学领域,并影响到DSM利益相关者的风险认知。原因是:第一,对非争端当事方国家来说,司法能动主义的兴起,使国际争端解决过程的传统属性发生了很大变化,即往往从法律决策演变成政治或社会决策。主权国家意识到,特定争端的解决——即便其并非当事方——会影响到它们的未来利益;第二,对非争端当事方私人来说,全球化,尤其经济全球化进程的迅猛发展与市场经济体制的广泛传播不仅使国际法日益关注“低级政治”问题,并且主要关注私人间的“低级政治”问题。<sup>[29]</sup>私人成为了DSM根本意义上的利益相关者,因而他们期待了解“正义”何以被实现(程序公开),甚至参与实现“正义”(程序参与)。然而,高度的封闭性使DSM成为其利益相关者,尤其私人风险认知的“盲区”。就直接而言,它导致私人以体制外方式,如街头运动宣泄对DSM的不满;就长远而言,它损害了DSM的正当性,动摇了DSM的根基。

## 四、国际争端解决机制的应对策略:重构——“社会地思考,法律地行动”

上述解构表明,DSM必须进行改革,否则风险社会的外在因素与DSM的自身因素的“叠加效应”将导致DSM利害关系方处于更严重的风险境地。但应指出,由于DSM首先是法律意义上的,而非社会学意义的,因而其重构首先也是一种法律行动,而非社会学行动,这决定了必须在法律的规律与逻辑前提下运用风险社会的知识政策,直言之,“社会地思考,法律地行动”应该成为重构DSM的基本原则。

根据DSM面临的挑战,下文从功能、组织与程序三方面提出重构的基本策略与措施。这一重构思路契合着什托姆普卡对信任基础的讨论。什氏认为,

卡塞斯教授认为,虽然国际法具有普遍性特征,但从实施角度看并非如此。以多边条约为例,在发生国际争端时,相关诉求及解决过程只发生在争端当事国间,该条约其他缔约方无从置喙,这与发生严重违法行为时国内社会以整个共同体名义采取行动明显不同。Antonio Cassese, *International Law* (2nd edition), Oxford University Press, 2005, pp. 14 - 15.

因此,传统国际法只有“外交部和外交官们”感兴趣。菲德罗斯:《国际法》(李浩培译),商务印书馆1981年版,序言。



信任是建立在被信任者的固有特质、被信任者的活动背景及信任文化之上的。<sup>[12]</sup>显然,这三个基础本质上分别属于角色、制度及认知因素,其中前二者涉及被信任者,后者涉及信任者,但前者会影响到后者的变化。下文对DSM的功能、组织与程序重构正是从角色与制度的角度展开的。

### (一) DSM的功能重构

前已指出,或许是为了回应或纠正长期以来国际法受到的尖锐批评,即国际法缺乏强有力的争端解决机制,20世纪以来DSM的发展呈现出强化强制管辖权及强调裁判结果拘束力的特点与趋势。这既适应了促进国际法治的时代需要,这典型地体现了工业社会中的行动逻辑,即对行动者对自身理性的充分自信。

风险社会的到来促使DSM应该重新评估自身理性的有效性,这是因为:一方面,风险的全球性、不可计算性特征表明风险超越了作为专家系统的DSM的理性的涵摄范围。这种反思既指向DSM的特定组成部分,也指向整体性的DSM。对于前者,应该建立健全特定的制度;对于后者,应该整体性地反思DSM的理性,即反思20世纪以来DSM实践的总体战略,其实质是要求DSM承认自身理性的有限性。另一方面,风险的可建构性特征表明特定的“风险”是意识的主观产物,此类“风险”未必适合通过建立在客观主义认识论基础上的争端解决机制加以解决,而较适合于由争端当事方在哈贝马斯所说的“交往行动”中自行解决,尽管如下所述这同时要求DSM在这个过程中必须有所作为。

据此,20世纪以来DSM追求更多(扩大管辖权)、更直接地解决争端(做出有拘束力之裁判结果)的战略应该有所调整,即一方面继续作为国际争端解决的“裁判者”(“由DSM解决争端”),另一方面强调作为国际争端解决的“支持者”(“通过DSM解决争端”)。直言之,DSM不必追求所有案件均由其做出具有拘束力的裁判结果,相反可以通过提供场所,便利争端当事方就差异性的风险建构进行交流,从而促成争端获得解决。当然,有必要制定相应程序以便协调DSM的两种角色,确保在其作为“支持者”情况下争端获得合法解决,并在作为“支持者”的有效性的同时维护其作为“裁判者”的权威性。在这方面,DSB实践具有典型性和示范性。根据DSU第4、6条,如果争端成员方在特定期限内未能进行磋商或磋商未果,DSB将应请求成立专家组,这有利于确保磋商在法治化轨道内进行。争端解决机制的支持者角色在ICSD机制中也开始受到重视,ICSD新近开始

重视调解,还创设了所谓“辅助谈判”的争端解决程序,而传统上ICSD强调通过仲裁对讼争问题做出裁判。<sup>[30]</sup>

总之,在风险社会语境中,一方面,“支持者”角色体现了DSM对自身“理性有限”的承认以及对作为风险建构者的争端当事方的尊重;另一方面,“裁判者”角色体现DSM对自身“有限理性”的自信以及对风险建构者的争端当事方的约束。

这种不妨称之为“解法律化”的运动此前已经在国内层面兴起。这一运动就是90年代以来汇入全球性民事司法改革浪潮的非诉讼纠纷解决方法(ADR)。虽然ADR运动的主要动因是各国希望当事人利用诉讼以外的程序解决纠纷,以缓解司法制度因诉讼规模急剧扩大、争端事项日益复杂、诉讼成本高昂而面临的困难。从风险社会的角度看,ADR运动的兴起实际上表明了各国司法制度承认自身理性的有限。换言之,在风险社会语境中,国内争端解决机制与DSM似乎正在经历类似的功能重构过程。

### (二) DSM的组织重构

从组织法角度看,迄今为DSM普遍具有非常设性与非专业化两大特征。风险社会的到来对作为抽象系统的DSM的有效性,以及作为其运作主体的裁判人员的争端解决能力提出了更高要求,而目前的组织特征已经不能适应这一需要。

#### 1. 常设性

非常设性首先意味着裁判人员不是DSM的固定职员,其次意味着裁判人员的非职业化。在当前众多的DSM中,只有ICJ等少数是常设性组织,多数是非常设的。以往,DSM选择非常设性组织形式不难理解:第一,DSM的“常设性”更易于使其被认为是一种“超国家”,而非“国家间”裁判机构。众所周知,超国家组织在观念上迄今仍然难以获得主权国家的普遍认同;第二,1899年PCA成立后的近百年间,DSM受理的案件数量并不多,甚至DSM自身对这种状况也不满意。<sup>[31]</sup>从DSM运作成本的角度看,在这种情况下维持职业化的裁判队伍确无必要。

20世纪90年代以来,DSM受理案件普遍大幅

即使是现在,国际争端解决机制也应该考虑这一因素。比如,ICC规约第35条第3项规定,法院院长会议可以根据工作量决定在何种程度上需要其他法官(指非院长会议成员的法官)全时任职。这一规定值得肯定。

增加,甚至超过 DSM 的预料之外,一些 DSM,如 DSB、ICSID 开始感受到案件数量迅速增加、争端事项趋于复杂而带来的压力。在此新形势下,DSM 的常设性及裁判人员的职业化极为重要,因为:首先,非常设性导致使得裁判人员无法如常设 DSM 的裁判人员般全力以赴,不断提高争端解决能力;其次,非常设性决定了裁判人员的非职业化,而后者极易诱发利益冲突问题,这会严重损害裁判人员的独立性与中立性。由于风险社会中的所有脱域机制都依赖于信任,裁判人员独立性与中立性的受损必然降低争端当事方及其他利害关系人对 DSM 的信任。该问题在 ICSID 仲裁实践中已经暴露出来;<sup>[30]</sup><sup>113</sup>再次,非常设性与非职业化决定了裁判队伍的不确定,导致裁判队伍极为庞大。以 DSB、ICSID 为例,从规范意义上说,它们都维持了一支超过 500 人的裁判队伍。结果是,不同裁判人员针对类似甚至相同的事实,适用同样的法律,频频做出相差甚远甚至南辕北辙的结论,这是 DSM 目前面临的一个严重问题。<sup>[32]</sup>2001 年“Lauder 公司诉捷克公司案”使得该问题引发了全球性关注,国际仲裁机制因此被认为面临着正当性危机。<sup>[33]</sup>从风险社会的角度看,正当性危机实际上就是一种信任危机。

据此,DSM 有必要实现组织机构的常设性与裁判人员的职业化。事实上,近年来围绕着 DSB 改革的讨论已经部分地涉及到了这一问题,如一些学者建议 DSB 应该成为常设机构,另有学者建议延长上诉机构成员任期以增强其独立性与中立性。<sup>[34]</sup>改革的决策者应该认真对待这些建议。

## 2 专业化

“巴尔干化”是社会分工在争端解决领域的体现,它一方面表现为作为公权力部门的司法机关垄断争端解决成为历史,另一方面表现为司法系统内部资源分配的专业化趋势日益明显。就司法系统而言,“巴尔干化”既体现为各国在普通法院内部设置专业性审判单位,也体现为普通法院之外设立破产法院、国际贸易法院、知识产权法院等专门性法院,以更有效地解决特殊类型的案件。司法系统以外的争端解决机制也是如此,比如,新兴行业性仲裁组织的涌现及既有行业性仲裁组织的发展也是“巴尔干化”的体现。

较之国内司法系统,DSM 的“巴尔干化”主要体现为不同国际法领域中存在着相应的 DSM。有意思的是,较之国内争端解决领域的“巴尔干化”被认为是进步的,<sup>[35]</sup><sup>1126-128</sup>DSM 的“巴尔干化”(国际法学者称之为“扩散化”)却被认为导致国际法破碎化。同

时,与国内司法系统大相径庭的是,DSM 普遍没有根据争端类型设立专业化裁判组织,即便从规范角度上存在着这种可能性。比如,根据 PCIJ 规约、ICJ 规约第 26 条,PCIJ 与 ICJ 均可设立分庭审理劳工、过境等特殊类型案件。但是,PCIJ 从未组建过此类分庭。虽然 ICJ 曾经考虑设立审理环境争端案件,但在其成立后 45 年间从未据此设立相应的分庭。直到 1992 年联合国召开环境与发展会议后,ICJ 才设立了一个由 7 名法官组成的常设环境分庭,这无疑有利于 ICJ 培养更多的在审理环境争端方面拥有丰富经验的法官。虽然 ICJ 的这一举措未必可以完全移植于其他 DSM 中,但它们确有必要据此考虑如何为准确断案提供更有效的组织保障。

从争端当事方的角度看,它们对于 DSM 的专业化显然是有需求与期待的。以国际海洋争端为例,根据《联合国海洋法公约》第 287 条,ICJ 及根据该公约附件六、七、八设立的 ILOS 仲裁法庭、特别仲裁法庭等四个争端解决机构均有权解决此类争端。但实践表明:涉及到海域划界或领土争端的案件,争端当事方大多提交给 ICJ 或交付仲裁;涉及船只和船员迅速释放、指示临时措施的案件,争端当事方大都交付 ILOS 审理,这显然是争端当事方考虑到两个机构的专长。这一现象所蕴含的期待值得 DSM 重视。

## (三) DSM 的程序重构

### 1. 设立或促进使用多元化的争端解决程序

实现 DSM 的功能重构必然要设立或促进使用多元化的争端解决机制或程序,舍此功能重构无从谈起。如前所述,追求强制管辖权以及强调裁判结果拘束力是现当代 DSM 演变的基本特点与趋势,而这种特点与趋势在风险社会语境中有必要进行调整。直言之,设立或促进使用多元化的争端解决程序,以适应不同类型的争端对于争端解决程序的差异化需求。

对于设立或促进使用多元化的争端解决程序,目前只有个别 DSM,如 ICSID 表达了积极的意愿,并采取了初步措施,因此该问题并未真正获得重视。这可能是担心多元化争端解决程序会使 DSM 的发展轨迹发生偏移,进而损害百年来国际社会期待通过强化 DSM 使国际法成为“真正意义上的法”,或“硬法”付出的长期努力。这一担心并非没有道理,它提

以 DSB 上诉机构为例,在决定设立上诉机构时谈判各方预想上诉机构受理成员方对专家组报告的上诉只是例外,因此 DSU 中涉及上诉程序的规定只有 1 条(第 17 条),连上诉审查程序都没有详细规定。然而,DSB 的实际运作大大出乎人们的意料之外,专家组报告的上訴率高达 70%!

以 DSB 为例,虽然 DSU 第 5 条规定了斡旋、调解和调停程序,但在 DSB 运行的近十年间从未被使用过。



醒 DSM在设立多元化争端解决程序的同时必须确保不能损害国际法治化,即必须确保其在国际法框架内运作。如前所述,DSU有关磋商程序与专家组程序的规定具有示范性,这些规定对于其他 DSM改革颇具借鉴价值。

## 2 程序公开与程序参与

程序封闭很可能导致非争端当事方错误地建构争端解决过程中产生的风险,恰当的程序公开与程序参与有助于非争端当事方正确地建构这些风险,促使争端解决过程成为有效的风险教育过程。

鉴于越来越强大的外部压力,晚近 DSM的封闭性有所缓解。从非争端当事方国家的角度看,DSB取得的进展最大。在其审理的案件中几乎都有第三方参加,不少案件中第三方的数量超过20个,某种意义上甚至可以说该制度被滥用了。ICJ的情况与此类似,在长期拒绝相关国家根据ICJ规约第62条申请作为第三方参加诉讼程序之后,1990年时ICJ终于接受第三方参加诉讼程序。近年来缔结的国际投资条约也规定了第三方参加问题。<sup>[36]</sup>从非争端当事方私人的角度看,比如,虽然没有迹象表明ICJ近期将接受法庭之友,但联合国司法体系中其他DSM开始谨慎地接受法庭之友实践,如ICTY、ICTR及ICC。又如,2005年9月,在审理“欧共体荷尔蒙案”中,DSB专家组首先公开第一次听证会,此后又公开了第二次听证会和科学专家会议。再如,2006年《ICSID仲裁程序规则》新增第37条规定,仲裁庭可以接受法庭之友陈述书,从而使得2003年以来针对仲裁庭能否接受法庭之友而发生的激烈争论尘埃落定。由于较之非争端当事方国家,非争端当事方私人更是被排斥在DSM之外,因此这种转变对于私人在参与DSM方面从体制外参与转变为体制内参与,减少亚政治造成的风险意义重大。

不过,总体看,DSM普遍对于非争端当事方国家较为开放,而对于非争端当事方私人较为谨慎,甚至就此问题发生严重分歧,比如,DSB在数度接受法庭之友后戛然而止。由于在全球化,尤其经济全球化背景下,私人成为了DSM根本意义上的利益相关者,因此DSM如何采取更有效的措施至关重要。

笔者认为,在这方面,DSM尤其应该审慎解决三个问题:第一,认真对待程序公开与程序参与的风险建构效应。前已指出,风险社会的风险具有可建构性,这实际上意味着“不适当的公开”和“不适当的不开公开”都会导致私人对风险的错误建构。事实上,这是风险社会语境中公共权力机构面临的共同挑战或两难境地。第二,认真对待程序公开与程序参与的

“阶级地位”效应。前已指出,“风险地位”与“阶级地位”之间具有相互重叠与强化效应。由于DSM迄今普遍没有建立起类似于国内司法援助制度的相关制度,因而程序公开与程序参与极可能造成不同非争端当事方,尤其发展中国家及私人的利益在争端解决过程中无法得到合理的表达与实现。发展中国家及私人将因此处于更为不利、不合理的“风险地位”,其既有的“阶级地位”也可能被巩固,甚至强化。第三,认真对待程序公开与程序参与的法律效应,避免把亚政治理念盲目运用于DSM改革中。晚近有关促进DSM程序公开与程序参与的讨论中,存在着一种值得批判的现象,即忽视或无视DSM运作的自身规律与逻辑,即争端解决成本与效率的考虑。典型者如谢勒教授有关DSB改革的建议。根据谢勒提出的“贸易利害相关人模式”,贸易政策中有利害关系的所有人都可以广泛参与DSB程序。<sup>[37]</sup>这种丝毫不考虑DSM自身规律与逻辑的“重构”的结果只能是为街头运动开辟了新的场所——尽管这是贝克所期待的,从而使DSM最终走向毁灭。显然,H·劳特派特半个世纪前的告诫仍然振聋发聩:公众舆论不应当视为实施国际法的主要方式或一种方式。<sup>[38]</sup>

## 3 建立或完善诸如上诉制度之类的外在纠错机制

导致传统DSM中缺乏上诉制度之类的外在纠错机制的重要原因是,人们认为国际性法院或法庭系统不是科层制的,因而没有“低层级法院”与“高层级法院”之分。<sup>[22]1598</sup>因此,纵然意识到存在错误裁判的风险,DSM也只倾向于建立内在的纠错机制,如根据ICJ规约第61条建立的复核制度,以及根据ICSID公约第52条建立的仲裁裁决撤销制度。这种内在的纠错机制在独立性、中立性方面显然是有缺陷的。

20世纪90年代以来,虽然DSM尚未普遍采取实质性行动,但建立或完善外在的纠错机制问题超越了学术讨论的层面,上升到了决策层面。比如,与GATT时期不同,DSB在专家组之外另设上诉机构,目的就是为纠正专家组程序中可能出现的错判。<sup>[39]</sup>考虑到纽伦堡军事法庭与东京军事法庭由于只有一审程序而没有上诉程序而受到国际法学界的批评,ICC规约规定了上诉程序。

鉴于晚近许多裁决引起了广泛争议,ICSID秘书

分别参见ICTY、ICTR及ICC制定的《程序与证据规则》第74条、第74条及第103条。

详细分析,参见蔡从燕:《私人结构性参与多边贸易体制》,北京大学出版社2007年版,第205-219页。

参见ICC规约第39条、第81-83条。

处于 2004 年建议 ICSD 仲裁增设上诉机制。<sup>[40]</sup>虽然秘书处随后认为此建议尚不成熟而于次年予以撤回,但目前 20 多个双边投资条约(BIT)及自由贸易协定都规定考虑设立仲裁上诉机制。美国 2004 年 BIT 范本附件 D 也把仲裁上诉机制确立为一项内容。这些设想是否最终能够付诸实施值得密切关注。

总之,风险社会的到来使得 DSM 错误裁判造成的后果更为严重,因而有必要建立更有效的纠错机制。国际社会应该摒弃某些陈旧的观点,建立上诉制度或具有类似功能的外在纠错机制。

#### 4 更有效地使用专家

诚然,不同专家对风险的认识是不同的,因而对专家系统的信任也存在风险,这表明 DSM 扩大对非法律专家的使用同样存在着风险。但是,因噎废食并不是应对 DSM 所面临的挑战的良方。明智的做法似是,努力寻求更权威的专家,并建立能够更有效地获致科学结论的机制。以 DSB 实践为例, Pauwelyn 认为,较之个别专家,使用专家审议小组可以更好地在内部消除分歧,据此提供更权威的专业意见。<sup>[21]356</sup>

笔者认为,DSM 应该借鉴国内法的经验,针对专家选择的程序与标准;专家的责任;专家意见,尤其相互冲突的专家意见的可采性与证明力等一系列重要问题做出明确规定。否则,DSM 在专家使用问题上可能走向两个极端:一是较之以往更为消极对待甚至拒绝专家之使用;二是盲目地使用专家从而引发更大的纷争,此二者对于 DSM 的发展都是极为不利的。

#### 四、结论

晚近,迅猛发展的 DSM 推动了国际社会的法治化进程。然而,风险社会的到来使得法律——包括国内法与国际法——的社会基础发生了根本性变化,DSM 面临严峻的挑战与严厉的批评。当前,主要 DSM 都在进行或酝酿进行改革,改革的决策者们应该密切联系 DSM 运作的新语境,重新认识 DSM 在风险社会中的地位、属性与作用,并从功能、组织及程序三个层面制定改革策略与措施,从而实质性地提高其解决风险的能力,维持并增强利益相关者的信任,从而巩固并强化其存在的正当性基础。

#### 参 考 文 献

- [1] 李浩培. 国际法的概念与渊源 [M]. 贵阳: 贵州人民出版社, 1994.
- [2] Ian Brownlie, Public International Law (sixth edition), Oxford University Press, 2003, p. 671.
- [3] Shane Spelliscy, The Proliferation of International Tribunals, Columbia Journal of Transnational Law, Vol 40, 2001, pp. 152 - 157.
- [4] Niels M. Blokker & Henry G. Schemers (ed.), Proliferation of International Organizations, Kluwer Law International, 2002, p. 279.
- [5] Stephen M. Schwebel, Address by the President of the International Court of Justice to the General Assembly of the United Nations, 27 October 1998.
- [6] 德 贝克, 英 吉登斯, 德 拉什. 自反性现代化 [M]. 赵文书. 北京: 商务印书馆, 2001.
- [7] 德 贝克. 世界风险社会 [M]. 吴英姿, 孙淑敏. 南京: 南京大学出版社, 2000.
- [8] 德 贝克. 风险社会 [M]. 何博闻. 上海: 译林出版社, 2004.
- [9] 英 吉登斯. 现代性的后果 [M]. 田禾. 上海: 译林出版社, 2000.
- [10] 德 乌尔里希·贝克, 约翰内斯·威尔姆斯. 自由与资本主义 [M]. 路国林. 杭州: 浙江人民出版社, 2001.
- [11] 英 吉登斯. 社会学 (第四版) [M]. 赵旭东, 等. 北京: 北京大学出版社, 2003.
- [12] 波兰 彼得·什托姆普卡. 信任: 一种社会学理论 [M]. 程胜利. 北京: 中华书局, 2005.
- [13] Louis Henkin, How Nations Behave, Columbia University Press, 1979, p. 1.
- [14] Joost Pauwelyn, The Use of Experts in WTO Dispute Settlement, International and Comparative Law Quarterly, Vol 51, 2002, p. 361.
- [15] 顾培东. 中国司法改革的宏观思考 [J]. 法学研究, 2000, (3): 5.
- [16] Domingo Belb Janeiro, Separate Opinion from Professor Domingo Belb Janeiro (January 30, 2007).
- [17] Erika L. Preiss, The International Obligation to Conduct an Environmental Impact Assessment, New York University Environmental Law Journal, Vol 7, 1999, p. 334.
- [18] R. Higgins, Respecting Sovereign States and Running a Tight Courtroom, International and Comparative Law Quarterly, Vol 50, p. 121.

- [19] Panel Report of EC Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones Case), August 18, 1997, WT/DS48/R/CAN, paras 8 104, 8 118.
- [20] Appellate Report of Hormones Case, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, 6 January 1998, p. 181.
- [21] Joost Pauwelyn, The Use of Experts in WTO Dispute Settlement, International & Comparative Law Quarterly, Vol 51, 2002.
- [22] Shabtai Rosenne, The Law and Practice of the International Court (1920 - 2005), Vol , Martinus Nijhoff Publishers, 2006, pp. 1115, 1129 - 1130.
- [23] Richard M. Mosk, The Role of Facts in International Dispute Resolution, Martinus Nijhoff Publishers, 2004, pp. 128, 129.
- [24] Daniel Dobos, The Necessity of Precaution, Fordham Environmental Law Journal, Vol 13, 2002, pp. 398 - 399.
- [25] Richmond Newspapers, Inc. v. Virginia, 448 U. S. 569 (1980) 9.
- [26] 陈瑞华. 刑事审判原理[M] 北京: 北京大学出版社, 1997.
- [27] Conni Peck & Roy S Lee (ed.), Increasing the Effectiveness of the International Court of Justice, Kluwer Law International, 1997, pp. 54 - 55.
- [28] Jean - Marc Coicaud and Veijo Heiskanen (ed.), The Legitimacy of International Organizations, United Nations University Press, 2001, pp. 189 - 220, 355 - 407.
- [29] 蔡从燕. 面对国家的个人与面对个人的国家[J]. 法律科学, 2006, (6): 92.
- [30] 秘鲁 罗伯特·丹尼诺. ICSD面临新挑战[M]/ 国际经济法学刊(第13卷第2期).
- [31] Connie Peck and Roy S. Lee (ed.), Increasing the Effectiveness of the International Court of Justice, Martinus Nijhoff Publishers, 1997, pp. 42 - 66.
- [32] ICSD Secretariat, Possible Improvements of the Framework for ICSD Arbitration, October 22, 2004, pp. 14 ~ 15.
- [33] Susan D. Frank, The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration, Fordham Law Review, Vol 73, 2004.
- [34] Federico Ortino and E - U Petersmann, The WTO Dispute Settlement System (1995 - 2003), Kluwer Law International, 2004, pp. 31 - 40, 46.
- [35] 顾培东. 社会冲突与诉讼机制[M] 北京: 法律出版社, 2004.
- [36] 陈安. 国际投资法的新发展与中国双边投资条约的新实践[M] 上海: 复旦大学出版社, 2007.
- [37] Richard G. Shell, Trade Legalism and International Relations Theory: An Analysis of the World Trade Organization, Duke Law Journal, Vol 44, 1995, pp. 911 - 912.
- [38] E Lauterpacht (ed.), International Law, Vol , Cambridge University Press, 1978, p. 18.
- [39] E - U Petersmann (ed.), International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System, Kluwer Law International, 1997, pp. 150 - 151.
- [40] ICSD Secretariat, Possible Improvements of the Framework for ICSD Arbitration, October 22, 2004, Annex

(本文责任编辑 刘克毅)